

# Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land<sup>1</sup>

Y.E. Schuurmans en D.A. Verburg<sup>2</sup>

**Trefwoorden:** bewijsrecht, finale geschilbeslechting, tussenuitspraak, nieuwe zaaksbehandeling, procedurele rechtvaardigheid.

Toenemende helderheid op bewijsrechtelijk vlak staat centraal in deze bijdrage. Na een korte schets van de bewijsrechtelijke ontwikkelingen sinds de invoering van de Awb, concentreert dit artikel zich op twee voor het bewijsrecht belangrijke en actuele thema's, die samenhangen met de Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter: (a) transparantie en procedurele rechtvaardigheid en (b) finale geschilbeslechting. In de praktijk is de discussie tussen de actief naar de waarheid op zoek gaande rechter enerzijds en het partijenproces anderzijds grotendeels beslecht: partijen brengen primair het bewijs bijeen. In een dergelijk proces is het belangrijk dat de bestuursrechter transparantie biedt. Partijen krijgen in een vroeg stadium voorlichting over hun bewijspositie. Die juridisch geënte transparantie loopt samen met procedurele rechtvaardigheid. Bewijsvoorlichting versterkt niet alleen de juridische positie van partijen, maar geeft ook inzicht en vertrouwen in de procedure. Vervolgens komt het verband tussen het streven naar finale geschilbeslechting en het bewijsrecht aan de orde. De bestuursrechter gaat vaker over tot het toedelen van het bewijsrisico of tot het zelf vaststellen van de feiten. De mogelijkheden om dat te doen hangen mede af van de expertise die bij het bestuursorgaan aanwezig is versus de positie van de bestuursrechter om zelf de knoop door te hakken. In de bestuurlijke lus en de mogelijkheid voor de eisende partij om nader bewijs in te brengen geeft de bestuursrechter diverse bewijsopdrachten, waardoor het bewijsrecht nader tot ontwikkeling komt. De opklaringen die wij voorzien liggen in de volwassenwording van het bestuursrechtelijk bewijsrecht: dat wordt meer transparant en nader uitgewerkt en partijen krijgen een meer volwaardige kans om in beroep bewijs te leveren.

1 Er is een wonderlijke samenhang tussen klimatologische beelden en bewijsrecht: R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak', «JBplus» 2000, p. 66-77, E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, p. 214-221, L.J.A. Damen, 'Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 243-260, en ten slotte, iets meer verborgen, de 'mist van de vrije bewijsleer' in B.J. Schueler, 'Last van de vrije bewijsleer' in G.H. Addink e.a. (red.) *Grens-verleggend*

*bestuursrecht (Liber Amicorum prof. mr. J.B.J.M. ten Berge)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 449. Van dat soort gure weertypen krijgt men enge ziekten zoals Finalitis en Afdelingitis (beide ontdekt door L.J.A. Damen). Hoog tijd voor beter weer dus!

2 Ymre Schuurmans is als universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. André Verburg is vicepresident inhoudelijk adviseur van de rechtbank Utrecht. De auteurs danken Kees van den Bos (Universiteit Utrecht) en Peter Nihot (rechtbank Utrecht en projectleider van het Project Invoering Nieuwe Zaaksbehandeling) voor hun commentaar op delen van de tekst.

## 1. Inleiding

Wat wij van het bestuursrechtelijk bewijsrecht van de toekomst wensen, hopen en verwachten, is samen te vatten in één woord: helderheid. De rest van deze bijdrage is een uitwerking van die wens, hoop en verwachting.

De feitenvaststelling kan een groot beslag leggen op de procedure waarin een besluit door de rechter wordt beoordeeld. In de concrete omstandigheden van het geval ligt de uniciteit van de zaak. De procedurele regels strekken er voor een groot deel toe om die specifieke relevante feiten en omstandigheden van de zaak te achterhalen, waarna meer of minder gemakkelijk de algemene rechtsregels kunnen worden toegepast. Die rechtsregels bestaan ook los van een bepaalde zaak, maar vanwege de vereiste subsumptie die ligt besloten in het toetsen van een besluit, moet de rechter de in die ene zaak unieke feiten op het spoor komen. Het middel om dat te doen wordt gevormd door regels van bewijs. Dat maakt dat het bewijsrecht de procedure geheel doordeesemt en dat bewijsrecht indringend wordt beïnvloed door de procedure: *'[...] nothing is quite so imbedded in a legal system as the procedure for proof and trial, because most of what a legal system does is to decide matters of proof – what we call fact-finding.'*<sup>3</sup> Algemene tendensen in het procesrecht, zoals ontwikkelingen in de taak van de rechter, het verloop van de zitting of de tijdsduur voordat uitspraak wordt gedaan, hebben invloed op de vorming en toepassing van bewijsregels. En die tendensen in het procesrecht kunnen dan weer niet los worden gezien van maatschappelijke ontwikkelingen.

In deze bijdrage schetsen wij de algemene contouren van de ontwikkeling van het bewijsrecht

in de afgelopen twintig jaar en blikken wij vooruit op de trekkrachten die in de toekomst op het bestuursrechtelijke bewijsrecht inwerken, zonder dat wij de illusie koesteren het gehele universum te omvatten. Onze telescoop zoomt in op de Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter – een in 2011 breed ingezette wijziging met belangrijke gevolgen voor het bewijsrecht van de komende jaren – en dan in het bijzonder op twee daarmee samenhangende elementen: het streven naar transparantie (in samenhang met procedurele rechtvaardigheid) en finaliteit in het bestuursrechtelijke proces. Beide elementen kunnen ook bestaan los van de Nieuwe Zaaksbehandeling, maar zij zijn in hoge mate bepalend voor de wijze waarop de Nieuwe Zaaksbehandeling in de praktijk wordt ingevuld.

Naast onze verwachting over meer helderheid in het bewijsrecht, zijn er ook mogelijke belemmeringen van die toenemende helderheid in de komende periode.

De belangrijkste lijkt ons de spanning tussen uniformering en diversificatie in het procesrecht. Op enige deelgebieden bestaan trekkrachten om te komen tot eigen 'spelregels', ook op het vlak van bewijs. Te denken valt aan procedures over handhaving (van ruimtelijke ordening en milieu tot de telecomsector), over schaarse rechten (van frequentieverdeling tot kunstsubsidies), over fraudegevoelige materie (van landbouwsubsidies tot bijstand) en grootschalige projecten (met name ruimtelijke ordening en milieu). Zo kan bijvoorbeeld in het ene deelgebied de behoefte aan expertise bijzondere bewijsregels meebrengen, in het andere deelgebied zal behoefte bestaan aan een snelle fixatie van de feitenvaststelling om betrokkenen zo snel mogelijk rechtszekerheid te bieden. Per

3 J.H. Langbein, 'Torture and Plea Bargaining,' in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 46, no. 1 (1978), p. 19; ook te vinden op [www.judicialstudies.unr.edu/](http://www.judicialstudies.unr.edu/)

JS\_Summer09/JSP\_Week\_4/JS710Wk4.Langbein TorandPleaBargtxt.pdf (laatste raadpleegdatum 10 april 2012).

deelgebied bezien is zo'n wens om te komen tot eigen bewijsregels goed te begrijpen, maar het komt de helderheid van *het* bestuursrechtelijk bewijsrecht niet ten goede.

Een belemmering van geheel andere aard is de toepassing van ICT in besluitvorming. Veel regelingen worden (bijna) geheel geautomatiseerd uitgevoerd (te denken valt aan besluiten van de DUO, de Belastingdienst en de Belastingdienst/Toeslagen). Dan hangt het er erg van af of de geprogrammeerde regels corresponderen met het recht en of deze de feiten juist verwerken. De controleerbaarheid van dat al of niet corresponderen door de rechter is daarbij laag. Bewijs en een juiste geautomatiseerde verwerking van bewijs ontsnapt dan mogelijkserwijs aan een indringende controle door de rechter. Toen het Uvw in arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen overging op een ander computersysteem (van FIS naar CBBS) leidde dat tot een 'data-output' die veel moeilijker en soms niet was na te gaan. De wijze waarop de Centrale Raad van Beroep met enige principiële uitspraken in feite aanpassing van het CBBS heeft gevergd,<sup>4</sup> illustreert dit spanningsveld tussen geautomatiseerde verwerking en rechterlijke toetsbaarheid.

Of deze beide potentiële belemmeringen uit-

eindelijk daadwerkelijk de door ons voorziene toenemende helderheid in het bewijsrecht in de weg staan, is onzeker. We laten het daarom bij de hier gemaakte opmerkingen en richten de blik op de ontwikkelingen waarvan wij nu al kunnen constateren dat zij van invloed zijn op het bewijsrecht van de jaren '10.

## 2. Contouren van het bestuursrechtelijke bewijsrecht tot nu toe

Zoals bekend heeft de wetgever in de Algemene wet bestuursrecht bewust geen regeling van het bewijsrecht opgenomen. In de kern komt de motivering voor die keuze erop neer dat de wetgever de bestuursrechter alle vrijheid wilde geven om onbekommerd in het proces de waarheid te achterhalen.<sup>5</sup> In de jaren rond de inwerkingtreding van de Awb zijn publicaties en uitspraken over het bewijsrecht schaars. De wetenschappelijke aandacht gaat in het begin vooral uit naar de regeling in de Awb<sup>6</sup> en naar de rol van de bestuursrechter, vergeleken met zijn civielrechtelijke collega.<sup>7</sup> Daarnaast vindt een voorzichtige inventarisatie plaats van jurisprudentie, waarin lijnen worden getrokken in de aanwending van de vrije onderzoeks-

4 CRvB 9 november 2004, LJN: AR4716, AR4717, AR4718, AR4719 (ook AB 2004, 462 m.nt. F.J.L. Pennings), AR4721 en AR4722: 'Het CBBS, zoals dat thans is ingericht en vormgegeven, bevat namelijk een aantal karakteristieken die naar het oordeel van de Raad in beginsel, reeds ieder voor zich maar ook in onderlinge samenhang, ertoe kunnen leiden dat de wijze van totstandkoming van en de gehanteerde uitgangspunten bij een schatting zowel voor de betrokken verzekerde, diens eventuele gemachtigde, een eventuele derde belanghebbende, als in voorkomende gevallen ook voor de rechter, minder inzichtelijk, minder verifieerbaar en minder toetsbaar zijn dan het geval is ten aanzien van schattingen met behulp van het FIS.'

5 E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994 (PG Awb II), p. 173-175.

6 Zie o.a. M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

7 J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991; E.J. Numann, 'Lijdelijk integreren of geïntegreerde lijdelijkheid', *Trema* 1994, p. 347-350.

bevoegdheden van de rechter en de daarmee verbandhoudende verantwoordelijkheden van partijen.<sup>8</sup>

Het stelsel van de Awb bevat verschillende elementen die een impuls hebben gegeven aan de ontwikkeling van een bestuursrechtelijk bewijsrecht. In de eerste plaats ligt daar het basisontwerp van hoofdstuk 8 Awb, waarin de rechtsmacht van de bestuursrechter geënt is op het besluitmodel. De bestuursrechter beziet op basis van de feiten en omstandigheden ex tunc of het bestuursorgaan een rechtmatig besluit heeft gegeven. Die toetsingsmodaliteit heeft ertoe geleid dat de rechter zich met name is gaan uitspreken over de plichten van bestuursorgaan en belanghebbenden bij de voorbereiding van besluiten. Zo ontstaat in beroep een bestuursrechtelijk bewijsrecht dat is opgetrokken uit de verdeling van verantwoordelijkheden voor de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase en daarin spelen de bepalingen in de hoofdstukken 3 en 4 van de Awb een prominente rol.<sup>9</sup>

Vooral de toepassing van artikel 4:5 Awb, waarbij de aanvraag buiten behandeling wordt gelaten, omdat de belanghebbende onvoldoende gegevens heeft aangeleverd, dwingt de rechter om de verantwoordelijkheid van de aanvrager

te duiden. Daarbij valt hij terug op artikel 4:2 lid 2 Awb, waarin staat dat de aanvrager de gegevens verstrekt die 'nodig' zijn en waarover hij 'redelijkerwijs' de beschikking kan krijgen. De aanvrager van een besluit krijgt daarmee een bewijslast opgelegd. Zo kwam aanvankelijk vooral in beeld welke verplichtingen op de belanghebbende rusten.

Vervolgens zien we enkele jaren na invoering van de Awb de dogmatiek veranderen en ook dat heeft zijn invloed op het bewijsrecht. De feitenvaststelling is niet alleen vanuit praktische overwegingen een prominent onderdeel van de besluitvormingsfase, maar is dat ook vanuit dogmatisch oogpunt geworden. Mede door het invloedrijke artikel 'Balanceren boven nul'<sup>10</sup> ontstaat de (omstreden)<sup>11</sup> theorie dat het vaststellen van de feiten primair een taak van het bestuursorgaan is en dat de rechter deze niet zomaar over kan doen. Dat stelt ook beperkingen aan de mogelijkheden voor belanghebbenden om in beroep nieuw bewijsmateriaal over te leggen, omdat het deskundige bestuursorgaan met deze informatie geen rekening heeft kunnen houden. In de periode rond de millenniumwisseling viert de 'bewijsfuik' haar hoogtijdagen.<sup>12</sup> Ook deze ontwikkeling vestigt de aandacht op

8 Zie o.a. S.V. Hoogendijk-Deutsch, 'Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak', *RM Themis* 1992, p. 308-323; E. Nijhuis, 'Bewijsvoering in het bestuursrecht', *Gst.* 7077 (1998), p. 314-318; G.F. Pieters, 'De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht', *NTB* 1996, p. 41-52; M. Schreuder-Vlasblom, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht. Ontwikkelingen na de inwerkingtreding van de Awb*, preadvies van de NVvP, Dongen: Pijnenburg 1998.

9 Zie o.a. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam Vu), Deventer: Kluwer 2005.

10 E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, p. 214-221.

11 Zie o.a. R.H. de Bock, 'Waarheidsvinding in het

bestuursrecht', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, preadvies van de NVvP, nr. 13, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 33-46; L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21-31; R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, m.n. p. 39-52.

12 Zie o.a. ABRvS 28 juni 1999, *LJN*: AH6762 en AB 1999, 360 m.nt. M. Schreuder-Vlasblom en «JB» 1999/197 m.nt. R.J.N.S. en ABRvS 1 juni 2001, *LJN*: AN7150 en AB 2002, 406 m.nt. A.M.L. Jansen.

de procesverantwoordelijkheid van de belanghebbende, waaronder zijn bewijslast.

Uiteraard besteedt de jurisprudentie ook aandacht aan de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb. Juist deze algemene taak van het bestuursorgaan om zijn besluit zorgvuldig met feitelijke gegevens te onderbouwen, plaatst het bestuursrechtelijke bewijsrecht in een ander licht dan in het civiele recht.<sup>13</sup> Steeds is daar voor het bestuur, naast de vaak voorkomende plicht zelf bewijsmateriaal te vergaren, de aanvullende plicht om de bewijsslevering te begeleiden en bewijsmateriaal te verifiëren.<sup>14</sup> Artikel 3:2 Awb heeft dus een januskop: voor het aannemelijk maken van sommige feiten is het bestuursorgaan zelf verantwoordelijk; voor het aannemelijk maken van andere feiten is primair de burger verantwoordelijk, maar het bestuursorgaan blijft ook dan verantwoordelijk voor begeleiding van die burger in diens verantwoordelijkheid.<sup>15</sup> In de eerste jaren na de invoering van de Awb is het vooral spannend hoe de plichten uit de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb zich tot elkaar verhouden, zeker in het licht van de gepromote 'wederkerige rechtsbetrekking'.<sup>16</sup> Natuurlijk verschijnt ook de nodige rechtspraak over bewijsregels bij belastende ambtshalve

genomen besluiten, maar die jurisprudentie is wat vlak: het bestuursorgaan had al dan niet meer onderzoek moeten verrichten.

Anders dan de artikelen 4:2 lid 2 en 4:5 Awb bevat artikel 3:2 Awb geen formulering die de rechter dwingt om de omvang van de bewijslast nader te concretiseren. Maar veel belangrijker bij die ontwikkeling is dat de bestuursrechter nog weinig geneigd is om voorbij de vernietiging te denken en zich af te vragen welk bewijsmateriaal voor het besluit benodigd is en welke bewijsinspanning hij van de belanghebbende dan wel het bestuur verwacht.<sup>17</sup> Bovendien was het proces bij de rechter inmiddels zo ingericht dat voor bewijsslevering in beroep weinig ruimte bestond. Partijen konden uit eigen initiatief voorafgaand aan de zitting bewijsmateriaal overleggen, maar de rechter vroeg daar niet om en begeleidde hen daar evenmin in. In 2006 komen onderzoekers in de derde evaluatie van de Awb tot de conclusie dat de onderzoeksbevoegdheden van de rechter in het vooronderzoek en ter zitting vrijwel niet worden aangewend.<sup>18</sup> Door deze inrichting van het rechterlijk proces bleef het bewijsrecht vrijwel beperkt tot regels omtrent de besluitvormingsfase. In reactie op deze onderzoeksbevindingen zegde de laatste minister van Justitie, vlak voor de kabinetswisseling, toe in onderzoek te

13 Y.E. Schuurmans, 'Eenheid in het bewijsrecht. Een vergelijking tussen de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 273-291.

14 Zo ook al Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, p. 217-219.

15 Schuurmans 2005, paragrafen 5.2 tot en met 5.4 en D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2008, p. 166-167.

16 E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht Eerste Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk

Willink 1993 (PG Awb I), hoofdstuk II. Zie o.a. Ch.W. Backes en A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de "besluiten-Awb"?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75-96.

17 Al vroeg in het Awb-tijdperk, namelijk in het eerste jaar, formuleerde Schueler hierover gedachten: B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

18 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007. Zie ook hierna paragraaf 3 en subparagraaf 3.1.

nemen of opnemings van materieel bewijsrecht in de Awb alsnog wenselijk zou zijn.<sup>19</sup> Wat er van deze toezegging onder het huidige kabinet is geworden, is ons onbekend.

Afsluitend moet nog een ontwikkeling worden genoemd die een impuls heeft gegeven aan het bestuursrechtelijke bewijsrecht: de opkomst van het handhavende en bestraffende bestuursrecht. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat het opleggen van een punitieve sanctie met zich brengt dat aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen dienen te worden gesteld.<sup>20</sup> Voeg aan dit adagium procesgemachtigden toe die regelmatig een meer strafrechtelijke achtergrond hebben en beroepsgronden over onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en de normering van bewijsmiddelen floreren. Naar aanleiding daarvan is de laatste jaren steeds meer rechtspraak verschenen over de bewijskracht van strafrechtelijke beslissingen,<sup>21</sup> over de waardering van bewijsmid-

delen<sup>22</sup> als het proces-verbaal en (anonieme) getuigenverklaringen, over de onrechtmatigheid van huisbezoeken en de gevolgen daarvan,<sup>23</sup> tot zeer gedetailleerde beschouwingen over bijzonderheden als het meten van de hoeveelheid bacteriën (aeroben 30) in voedselmonsters.<sup>24</sup> Door de opkomst van het reparatoire en punitieve bestuursrecht krijgt de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan onder artikel 3:2 Awb meer duiding, met name wat betreft de methode en middelen van onderzoek.

Wat hiervoor is gezegd, geldt gelijkelijk in tweeën in meerpartijengedingen. In meerpartijengedingen worden weliswaar bestuursrechtelijke spanningen wat meer zichtbaar, maar de bestuursrechtelijke verantwoordelijkheden komen niet principieel anders te liggen.<sup>25</sup>

### 3. De Nieuwe Zaaksbehandeling bij de bestuursrechter

In de vorige paragraaf is al gerefereerd aan onderzoek dat heeft plaatsgevonden in het kader

19 *Kamerstukken I* 2010/11, 29 279, A (Rechtsstaat en Rechtsorde), Verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld 21 september 2010, p. 9-10.

20 ABRvS 15 februari 2001, AB 2001, 194 m.nt. BS en «JB» 2001/88 m.nt. CLGFHA. Zie ook ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176 m.nt. OJ en «JB» 2002/279 m.nt. Geers.

21 ABRvS 20 juli 2011, L/JN: BR2279 en CRvB 10 oktober 2006, «JB» 2007/15 (strafrechtelijke onderzoek loopt nog); ABRvS 26 november 2008, «JB» 2009/12 (niet-ontvankelijkverklaring OM); ABRvS 28 mei 2008, L/JN: BD2595 (strafrechtelijke vrijspraak); ABRvS 17 maart 2010, «JB» 2010/112 m.nt. Sillen en CRvB 13 maart 2007, «JB» 2007/108 (strafrechtelijke veroordeling). Zie ook J.L. Verbeek, 'Twee procedures, twee werkelijkheden? Feitenvaststelling bij samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving', «JBplus» 2012, p. 31-45.

22 Zie R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam),

Deventer: Kluwer 2011, par. 9.3.

23 CRvB 11 april 2007, L/JN: BA2410 en AB 2007, 149 m.nt. H.E. Bröring (buitensluiting onrechtmatig verkregen bewijs), 24 november 2009, L/JN: 4063 en AB 2010, 45 m.nt. H.E. Bröring, 24 november 2009, L/JN: BK4064 en «JB» 2010/19 m.nt. G. Overkleeft-Verburg (beide met redelijke grond voor het huisbezoek en het wel betrekken van het onrechtmatig verkregen bewijs bij de beoordeling van het recht op bijstand), 24 november 2009, L/JN: BK4057 en AB 2010, 44 m.nt. H.E. Bröring (zonder redelijke grond een huisbezoek afgelegd, bewijsuitsluiting voor deze procedure, maar er mag wel vervolgonderzoek komen).

24 Bijvoorbeeld Cbb 28 januari 2010, L/JN: BL5674 en AB 2010, 125 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

25 D.A. Verburg, 'Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 250-260 en 319-320.



van de derde evaluatie van de Awb. Een belangrijk punt dat daaruit naar voren kwam, was dat de organisatie van het proces bewijslevering in beroep belemmerde. Een vooronderzoek bleek door het 'zittingsgerichte werken' nauwelijks meer plaats te vinden, net als een heropening van het onderzoek na afloop van de zitting.<sup>26</sup> Dat had tot gevolg dat de zitting vooral werd gebruikt om partijen nog eens hun standpunten mondeling te laten toelichten. Partijen, met name eisers, verwachtten echter soms meer van zitting en rechter. Zo dachten zij regelmatig dat de zitting het startpunt van de procedure was en waren zij verbaasd achteraf in de uitspraak te lezen dat zij bepaalde feiten niet aannemelijk hadden gemaakt.<sup>27</sup> De feitelijke stellingen waren in beroep nauwelijks ter discussie gesteld of onderzocht. Onduidelijkheid over de feiten bleek voorts een van de belemmeringen te zijn om een geschil definitief te kunnen oplossen, met name wanneer ook een zekere deskundigheid is vereist om bewijsmateriaal juist te waarderen.<sup>28</sup>

Mede onder invloed van deze studies is er de laatste jaren veel veranderd in de bestuursrecht-spraak, vooral waar het de aard van de zitting betreft en de afdoeningswijze van de rechter. In het kader van het project Differentiatie van werkstromen<sup>29</sup> zijn de sectoren bestuursrecht

van de rechtbanken er in 2011 alle toe overgegaan om in een substantieel deel van het zaakspakket op andere wijze met zaken om te gaan. De Nieuwe Zaaksbehandeling houdt in dat een zaak na binnenkomst binnen een gering aantal weken op zitting wordt geagendeerd, bij voorkeur al in de derde maand na het instellen van beroep. Die zitting zal in de meeste gevallen ook de enige zijn.<sup>30</sup> De rechter benut de zitting om helder te krijgen wat partijen (werkelijk) verdeeld houdt, zowel in juridisch opzicht als op het punt van de onderliggende belangen. Ook zal hij bezien wat nodig is om het geschil werkelijk te beslechten. Finaliteit is dus een belangrijk doel. Daarbij zal de rechter tevens kijken naar alternatieve geschilbeslechtsmodaliteiten, zoals schikking en mediation. Ten slotte kan de zitting worden gebruikt om aanvullende bewijsvoering door partijen mogelijk te maken. De rechter geeft dan bewijsvoorlichting aan partijen door een voorlopig oordeel te geven en hun de 'bewijstussenstand' te vertellen (zie ook subparagraaf 3.1). De gedachte is dat door het vroege contact met en de actieve opstelling van de rechter de kans op een snellere en definitieve oplossing van de zaak wordt vergroot.<sup>31</sup> Het markante is dat veel van de problemen met de oude aanpak verbonden waren met wat het 'zittingsgerichte werken' van de bestuurs-

26 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, hoofdstukken 6 en 8 en B.J. Schueler, J.K. Drewes, e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 117-121.

27 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 233-256 en 299-303; T.J.P. van Os van den Abeelen, 'Waarheidsvinding en zittingsbeleid', *Migrantenrecht* 2009, p. 11; Verburg 2009, p. 237-238 en 276-277.

28 Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 139-142. Illustratief is ABRvS 8 december 2010, LJN: BO6643 en AB 2011, 27 m.nt. Y.E. Schuurmans.

29 *Eindrapport Differentiatie van werkstromen Bestuursrecht*, september 2010, [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Publicaties-En-Brochures/rapporten-en-artikelen](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Publicaties-En-Brochures/rapporten-en-artikelen)

(laatste raadpleegdatum 10 april 2012).

30 De aanvankelijk veelgebruikte term 'regiezitting' zet partijen eigenlijk op het verkeerde been. Dat klinkt naar een processuele, niet inhoudelijke behandeling. De bedoeling is echter juist de zaak op die eerste en in beginsel enige zitting zowel processueel als inhoudelijk te behandelen.

31 Zie M.L. Bressers en D.A. Verburg, 'De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht: de vreemdeling in de strop of verweerder aan de leiband?', «JNVR» 2011, artikelnummer 35, p. 268-270; Zie ook het verslag van de studiemiddag van de VAR over dit onderwerp op 10 juni 2011, C.T. Aalbers, 'De bestuursrechtelijke zitting nieuwe stijl', *NTB* 2011/35, p. 244-249.

rechter is gaan heten, terwijl de oplossing van die problemen nu wordt gezocht in wat zou kunnen worden geduid als nóg zittingsgerichter werken.<sup>32</sup> Maar het gaat dan wel om een zitting waar serieus werk wordt gemaakt van het (juridische) geschil en zelfs het ruimere, achterliggende conflict. Bovendien kan na de zitting nog een bewijstraject volgen. Het in de Awb voorziene vooronderzoek is daarmee in feite vervangen door (na)onderzoek.<sup>33</sup> Bij het zoeken naar oplossingen acht de bestuursrechter zich niet per se gebonden aan de juridisch bepaalde omvang van het geding. Hij heeft een zogeheten conflicthanteringspalet, waarbij de klassieke uitspraak maar één van de afdoeningsmodaliteiten is. Als het komt tot een uitspraak – en dat zal nog steeds in veel zaken het geval zijn – is hij natuurlijk wel gebonden aan de omvang van het geding volgens artikel 8:69 Awb. Maar bij schikkingen, mediation of andere creatieve oplossingen, speelt dat niet.

Welke gevolgen heeft die Nieuwe Zaaksbehandeling voor het bewijsrecht? In de volgende subparagrafen werken wij die vraag nader uit. Wij bezien in welke mate de rechter het bewijsrecht nodig heeft om aan zijn nieuwe rol uitvoering te kunnen geven en welke bijdrage de Nieuwe Zaaksbehandeling voorts weer levert aan de ontwikkeling van dat bestuursrechtelijke bewijsrecht. Eerst staan wij stil bij het streven naar transparantie en procedurele rechtvaardigheid, vervolgens naar dat van finaliteit.

### 3.1 *Transparantie en procedurele rechtvaardigheid*

In deze subparagraaf bespreken we twee samenhangende ontwikkelingen die volgens ons invloed uitoefenen op het bestuursrechtelijke bewijsrecht van de toekomst. Beide ontwikkelingen zijn breder dan het bewijsrecht. Het gaat om het streven naar transparantie door de bestuursrechter en procedurele rechtvaardigheid. Daaraan voorafgaand besteden wij aandacht aan de vraag of het bestuursprocesrecht op bewijsrechtelijk vlak een partijenproces is of dat de bestuursrechter zelf actief op zoek moet gaan naar de materiële waarheid.

#### *Partijenproces*

Een veelgehoorde klacht over de bestuursrechtelijke procedure is dat de rechter op bewijsrechtelijk vlak partijen aan hun lot overlaat.<sup>34</sup> Pas in zijn uitspraak zegt hij dat het ‘op de weg’ van de ene of de andere partij had gelegen iets aannemelijk te maken, maar vóór dat moment heeft hij dat nooit benoemd.<sup>35</sup> Het voorbeeld dat telkens in de literatuur wordt genoemd, is de Metselaarcasus. Deze uitspraak is vooral bijzonder in die zin dat daar zo open en bloot is opgeschreven hoe schraal de positie is waarin de bestuursrechter partijen de afgelopen jaren liet.<sup>36</sup> Het gaat om de uitspraak van de Centrale

32 Zie de interventie van D. Allewijn tijdens de VAR-jaarvergadering 2009: VAR-reeks 143, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 46-47.

33 Verburg 2009, p. 318.

34 Zo benoemd in Y.E. Schuurmans, ‘De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht’, in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 121.

35 Zie Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 11.3

Knelpuntenanalyse, p. 326 e.v.; zie ook paragrafen 10.2, 10.3 en 10.4 over ervaringen van procespartijen, p. 293 e.v.

36 D.A. Verburg, ‘De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb’ in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 275.



Raad van Beroep van 1 juni 2005.<sup>37</sup> De Centrale Raad oordeelt dat 'het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht [kent]. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruikmaken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appellant zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken.'

De opvatting in wetenschappelijke commentaren<sup>38</sup> over deze benadering van de bestuursrechter was de afgelopen jaren dat het van tweeën één is: óf het bestuursprocesrecht gaat toe naar wat de Awb-wetgever ooit voor ogen had: een rechter die actief op zoek gaat naar de materiële waarheid, óf het bestuursprocesrecht werkt toe naar een partijenproces. Voor dat laatste is echter wel nodig dat de bestuursrechter 'verplicht is om aan partijen duidelijk te maken hoe de bewijsomvang en de bewijslastverdeling zijn bepaald. (...) Veel belangrijker dan het opnemen van materiële regels over bewijs is het garanderen dat partijen tijdens de procedures van besluitvorming, bezwaar en beroep duidelijkheid wordt verschaft over hun verantwoordelijkheid voor het verstrekken van gegevens en het leveren van bewijs'.<sup>39</sup>

Die keuze lijkt met de Nieuwe Zaaksbehandeling inmiddels gemaakt: het bestuursrechtelijke pro-

ces is een partijenproces geworden. De rechter wendt nog steeds weinig eigen onderzoeksbevoegdheden aan om zelf de materiële waarheid op te sporen, maar hij is actief in het registreren van partijen in hún zoektocht naar het aannemelijk maken van de in geding zijnde feiten. Pas als partijen genoeg werk hebben gemaakt van hun bijdragen aan de feitenvaststelling, zet de bestuursrechter – en dan nog in zeer beperkte gevallen – eigen onderzoeksbevoegdheden in. De derde evaluatie van de Awb is als een keerpunt te beschouwen. In het kader van dat onderzoek bepleitte de onderzoeksgroep inzake de feitenvaststelling in beroep nog de terugkeer van de actief naar de materiële waarheid zoekende rechter, maar concludeerde de Evaluatiecommissie dat er tendensen in de richting van een partijenproces waren.<sup>40</sup> Die ontwikkeling heeft zich dus onder de Nieuwe Zaaksbehandeling in hoog tempo doorgezet.

#### *Transparantie door bewijstussenstanden en bewijsopdrachten*

Met de Nieuwe Zaaksbehandeling beoogt de bestuursrechter ook een grotere transparantie in het bestuursrechtelijke bewijsproces te bewerkstelligen. De sectoren bestuursrecht geven hiermee dus antwoord op een maatschappelijk gevoeld en wetenschappelijk becommentarieerd tekort in de procedure, zoals die tot voor kort gebruikelijk was. Het moment waarop een partij te horen krijgt dat zij nog bewijs moet inbrengen om succes te behalen, wordt vervroegd van de uitspraak naar de zitting, inclusief de mogelijkheid om ná die zitting dat bewijstekort nog recht te zetten. Bewijslevering in beroep kan onder de

37 CRvB 1 juni 2005, LJN: AT7174 en «JB» 2005/237 m.nt. D.W.M. Wenders.

38 Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, 'De Metselaar' in: T. Barkhuysen (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009 (zesde druk), p. 565-580.

39 Schueler 2009, p. 579.

40 Zie uitgebreider Verburg 2009, p. 240-241 met verwijzingen naar Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 73, 331-332 en 337-340 en de Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 26-27, 33 en 69-70. Zie ook Schuurmans 2009, m.n. paragrafen 3.3 en 4.2.4.

Nieuwe Zaaksbehandeling werkelijk tot wasdom komen. Blijkt op de zitting dat aan het geschil tussen partijen onenigheid over de feiten ten grondslag ligt, dan is het de bedoeling dat de bestuursrechter partijen informatie geeft over de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de 'bewijstussenstand'. Met dat laatste is bedoeld dat hij een voorlopig oordeel geeft over wat partijen tot nu toe aan bewijs hebben ingebracht. Met name uit dat laatste vloeit voort dat minstens één partij nog bewijsmateriaal moet verzamelen om succes te behalen. Als het bewijstekort ligt aan de zijde van het verwerende bestuursorgaan, ligt een formele of informele bestuurlijke lus voor de hand. Als het bewijstekort ligt aan de zijde van de appellerende burger, is het geëigende instrument een 'bewijsopdracht', althans een geëxpliciteerde en zo mogelijk ook gespecificeerde mogelijkheid om bewijs in te brengen. De bestuursrechter zal een formele bestuurlijke lus opnemen in een tussenuitspraak (artikel 8:80a Awb) en een informele bestuurlijke lus of zo'n bewijsopdracht aan de burger neerleggen in een zogeheten verkort proces-verbaal van de zitting. Dat laatste is een beknopte samenvatting van het verhandelde ter zitting met uitsluitend de ter zitting gemaakte afspraken of de ter zitting gegeven opdracht. Dat verkorte proces-verbaal wordt per griffiersbrief kort na de zitting aan partijen toegestuurd, zodat er geen discussie kan ontstaan over wat er nu nog precies moet gebeuren. Nu de zitting ten opzichte van het oude stelsel met maanden is vervroegd, is het ook reëler dat partijen nog bewijsmateriaal weten te vergaren.

De transparantie behorend bij de Nieuwe Zaaksbehandeling en het bewijsrecht staan nadrukkelijk met elkaar in verband. Enerzijds heeft de bestuursrechter het bewijsrecht nodig als instrument om partijen duidelijkheid over

hun procespositie te kunnen geven en hen nader te instrueren. Dient eiser dan wel het bestuursorgaan nog document a of gegeven b in het geding te brengen? Anderzijds kan de toegenomen activiteit van de bestuursrechter met zijn bewijsopdrachten het bewijsrecht nader tot ontwikkeling brengen. En zelfs als de rechter aanstuurt op een schikking, kan het bewijsrecht hem van dienst zijn. Bij het zoeken naar alternatieven kan de rechter bewijsrecht inzetten als hulpmiddel ('u moet er wel rekening mee houden dat als u er beiden niet uitkomt, de bewijslastverdeling in dit geval inhoudt dat...'). De rechter kan partijen dus voorhouden wat het alternatief van het alternatief is, de klassieke formele uitspraak.

Wat zijn de voorwaarden voor succes dan wel valkuilen voor partijen en rechter bij de Nieuwe Zaaksbehandeling en hoe moet deze ontwikkeling worden gewaardeerd? Allereerst willen wij aandacht vragen voor de verhouding tussen de Nieuwe Zaaksbehandeling in eerste aanleg en de rechtspraak in hoger beroep. Als nu de bestuursrechters in eerste aanleg zich voornemen om ernstig werk te maken van bewijsvoorlichting, mogen partijen daar dan ook vast op rekenen? Heeft de bestuursrechter dus een voorlichtingsplicht op het bewijsvlak? Voor het antwoord op die vraag is de opstelling van de appelrechters cruciaal. De hogerberechtsrechters eisen op dit vlak echter nog niet veel van de eerstelijnsrechters. In zijn uitspraak van 8 april 2011<sup>41</sup> herhaalt de Centrale Raad van Beroep bijvoorbeeld in grote lijnen zijn uitspraak van 1 juni 2005, die aan het begin van deze subparagraaf werd besproken. Naar de huidige stand van zaken staat het de rechtbank dus nog vrij al of niet bewijsvoorlichting aan de burger te geven. De vraag komt op hoe zich dat verhoudt tot de uitspraken

41 CRvB 8 april 2011, LJN: BQ0845.

van de Centrale Raad van 3 november 2010.<sup>42</sup> Daarin zei de Centrale Raad uitdrukkelijk dat als de rechter denkt over vernietiging, hij eerst moet bezien of een bestuurlijke lus (formeel of informeel) mogelijk is en ook verantwoording moet afleggen ('op kenbare wijze') van zijn streven naar finale geschilbeslechting. Deze uitspraken lijken met elkaar op gespannen voet te staan. Ondenkbaar lijkt dat de bestuursrechter wél openlijk over een gebrek in de bewijspositie naar het bestuursorgaan moet zijn (transparantie over de bestuurlijke lus), maar dat niet hoeft te zijn naar de appellerende burger. Wij zijn benieuwd of de uitspraak van 8 april 2011 een transitiefase weergeeft. Het lijkt logisch dat het geven van bewijsvoorlichting in de toekomst voor de bestuursrechter niet vrijblijvend is en dat dat gelijkelijk voor beide partijen geldt.

De met deze transparantie samenhangende intensivering van het bewijsproces in de beroepsfase kent ook mogelijke nadelen. Aan de zijde van bestuursorganen kan de zorg bestaan dat het hele bewijsproces nog een keer wordt overgedaan in de beroepsfase of, erger, dat de appellerende burger de kaarten tegen de borst gedrukt houdt en die tactisch pas uitspeelt in de beroepsfase. Tegen echte misbruiksituaties zal de bestuursrechter nog steeds kunnen optreden<sup>43</sup> met het instrument van de goede procesorde. Onredelijk laat overgelegd bewijsmateriaal dat op dat moment niet goed kan worden beoordeeld, hoeft de rechter niet toe te laten in het proces. Verder is onze indruk dat partijen door de bank genomen steeds bewijs inbrengen op het moment dat zij erover beschikken. Bewust bewijs achterhouden of zelfs maar slordig pro-

cederen, omdat men toch wel later nog bewijs kan inbrengen, is misschien wel gewoon een zeldzaamheid.

Een ander mogelijk negatief aspect is dat het effect van nadere bewijsvoering op de uitkomst van het geding gering is. Met name wanneer de burger gelegenheid krijgt nader bewijs in te brengen, stelt zijn nadere inbreng vaak teleur. Hoogst zelden lijkt dit aanvullende bewijsmateriaal alsnog tot een gegronde verklaring van het beroep te leiden.<sup>44</sup> Mogelijkerwijs is dit toch een kwestie van gewinning. In de pilotfase in 2009 gaven bestuursrechters zodra iemand zei nog nader bewijs te willen inbrengen, gelegenheid daarvoor. Inmiddels raken bestuursrechters geroutineerder hierin en vragen zij eerst door wat betrokkene dan wel van plan is te gaan doen. Voor een schot hagel geeft de bestuursrechter nu geen gelegenheid meer; het moet gaan om een concreet bewijsaanbod.<sup>45</sup> Aan de zijde van het bestuur valt mogelijk meer winst te behalen, namelijk met een bestuurlijke lus. Veelvuldig kan de rechter na de reparatie de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit alsnog in stand laten of het beroep tegen het nieuwe besluit ongegrond verklaren. Dat lijkt op het eerste gezicht wellicht tot een procesonevenwichtigheid tussen partijen te leiden, maar ook na een ouderwetse 'kale vernietiging', zonder enige bewijsvoorlichting, had het bestuur altijd al een tweede kans om het besluit opnieuw te onderbouwen.

In ieder geval vormt de Nieuwe Zaaksbehandeling een opening van een echt bewijsdebat in de beroepsfase door middel van transparantie naar partijen. Maar met de hiervoor genoemde nadelige aspecten, is het natuurlijk wel de vraag waarom de sectoren bestuursrecht zo hechten

42 CRvB 3 november 2010, *LJN*: BO3642 en *AB* 2010, 341 m.nt. A.T. Marseille, *LJN*: BO3646 en *AB* 2011, 343 m.nt. A.M.L. Jansen en (tussenuitspraak) *LJN*: BO4110 en «JB» 2011/11.

43 Rb. Amsterdam 9 december 2011, *LJN*: BV0313.

44 De enige cijfermatige gegevens die beschikbaar zijn, komen uit de pilotfase in 2009. Zie A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijk beroep?', *Trema* 2010/3, p. 97-98.

45 Zie Aalbers 2011, p. 245.

aan bewijsvoorzichting als de effecten gering zijn en er sprake is van een vrees voor slordig procederen.

### *Procedurele rechtvaardigheid*

Waarom hechten bestuursrechters tegenwoordig zo aan transparantie op het vlak van bewijs? Daarachter ligt het tweede thema van deze subparagraaf: procedurele rechtvaardigheid.

Bij het woord rechtvaardigheid denken juristen traditioneel in eerste instantie aan slechts een deel van rechtvaardigheid, namelijk verdelende rechtvaardigheid. Met name uit sociaal-psychologische hoek komt al vele jaren een terechte roep om aandacht voor de andere kanten van rechtvaardigheid en dan met name de procedurele rechtvaardigheid.<sup>46</sup> Of mensen kunnen leven met de uitkomst van een juridisch geschil met een bestuursorgaan in bezwaar of bij de bestuursrechter in beroep, hangt niet alleen af van de materiële uitkomst maar ook sterk van de mate waarin betrokkene zich rechtvaardig behandeld acht: is het beslisproces volgens hem eerlijk en rechtvaardig verlopen? Van den Bos voert dat vooral terug op de beginpositie van de burger: (mogelijk) anders dan de juridische professional wéét hij niet of hij wel of niet recht heeft op die uitkering, vergunning, subsidie, etc. De burger gaat daarom in het contact met de instantie op zoek naar rechtvaardigheidsinfor-

matie. Dat zijn *cues* die hem vertellen of hij de instantie kan vertrouwen of niet. Belangrijke factoren daarbij zijn: (a) kan ik mijn deel van het verhaal vertellen, (b) word ik met respect behandeld, wordt er naar mij geluisterd en (c) heb ik een stem in het bepalen van de wijze waarop de instantie gaat vaststellen wat mijn rechten en plichten zijn? Daarnaast speelt een rol (d) of mij duidelijk is hoe de procedure verloopt, (e) of de behandeling consistent is met een eerdere behandeling door deze instantie en (f) of de behandeling die ik krijg gelijk is aan de behandeling die anderen krijgen. Bij dit zoeken naar rechtvaardigheidsinformatie speelt bovendien directe of indirecte interpersoonlijke interactie (dus met die ene ambtenaar, met die ene rechter) een belangrijke rol.<sup>47</sup>

Van den Bos spitst zijn betoog toe op contact tussen burger en overheid (dus in de primaire fase of in de bezwaarfase). Uit Amerikaans onderzoek blijkt dat hetzelfde geldt voor contact tussen burger en rechter, met dezelfde typen variabelen waarmee een rechter kan bewerkstelligen dat de burger de procedure als rechtvaardig percipieert.<sup>48</sup> Zelfs bij een procedure tegen een boete speelt procedurele rechtvaardigheid een grote rol. Dat is opvallend, omdat juist bij boetes onzekerheid aan de zijde van de burger minder een rol speelt: er zit doorgaans maar één persoon in de rechtszaal die zeker weet of de

46 Naast deze twee wordt ook nog interactionele rechtvaardigheid onderscheiden. In het bestek van dit artikel beperken wij ons tot de genoemde twee. Vergelijk K. van den Bos, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid' in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, m.n. p. 91-93 en noot 3 op p. 107. De tekst is ook te vinden op [www.korbee-hovelynck.nl/cms/images/stories/bestanden/wrr.pdf](http://www.korbee-hovelynck.nl/cms/images/stories/bestanden/wrr.pdf) (laatste raadpleegdatum 10 april 2012).

47 Van den Bos 2009, m.n. p. 91-96; K. van den Bos,

'Vertrouwen in de overheid: wanneer hebben burgers het, wanneer hebben ze het niet, en wanneer weten ze niet of de overheid te vertrouwen is?', essay geschreven voor het Ministerie van BZK, [http://igitur-archive.library.uu.nl/fss/2011-0311-200338/Van%20den%20Bos%20\(2011%20essay%20BZK\)%20vertrouwen%20in%20de%20overheid.pdf](http://igitur-archive.library.uu.nl/fss/2011-0311-200338/Van%20den%20Bos%20(2011%20essay%20BZK)%20vertrouwen%20in%20de%20overheid.pdf) (laatste raadpleegdatum 10 april 2012), m.n. p. 22-23 en 40-43.

48 Zie bijvoorbeeld het standaardwerk van E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988, m.n. hoofdstukken 4 en 5 i.h.b. p. 64-66 en 81-83.

beboete handeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en dat is juist die beboete burger.<sup>49</sup>

In het denken over procedurele rechtvaardigheid staat de burger centraal. Zien wij het goed, dan geldt voor de bestuursrechter dat het ook van groot belang is dat hij het verwerende bestuursorgaan op zo'n zelfde manier tegemoet treedt.<sup>50</sup> Ook voor dat bestuursorgaan geldt dat het op zoek is naar aanknopingspunten in het gedrag van de rechter om te bepalen of het er vertrouwen in kan hebben dat deze rechter eerlijk en rechtvaardig zal beslissen. Met name bestuursorganen zouden kunnen ervaren dat de bestuursrechter zózeer luistert naar de inbreng van de burger en probeert daaraan recht te doen, dat de uitkomst een tombola wordt. Alleen al daarom moet de bestuursrechter bij het bewerkstelligen van procedurele rechtvaardigheid telkens ook goed oog hebben voor de belangen van het bestuursorgaan bij consistente wetstoepassing, het voorkómen van onwerkbare precedentes en gelijke behandeling. De bestuursrechter is bij het zoeken naar alternatieve oplossingen vaak ook afhankelijk van enige beweeglijkheid aan de zijde van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan moet er dan op kunnen vertrouwen dat de rechter in beginsel een ruime mate van respect kan opbrengen voor de belangen van dat bestuursorgaan. Bewerkstelligt de rechter dat niet, dan zal het bestuursorgaan terugvallen op een koude, formele positie: 'Wij zijn best bereid nog eens ons besluit uit te leg-

gen.' Een eenvoudige vuistregel (en die geldt ook voor bestuursorganen) is dat je pas kunt luisteren (naar de belangen van de ander) als je écht gehoord wordt.

De bewijsvoorlichting door de bestuursrechter binnen de Nieuwe Zaaksbehandeling levert potentieel een belangrijke bijdrage aan de procedurele rechtvaardigheid. Hij kan een partij bijvoorbeeld voorhouden: 'Op u rust voor dit feit de bewijslast en ik zie wel dat u al x en y aan bewijs heeft bijgedragen, maar naar voorlopig oordeel weet ik nog niet zo zeker of dat wel voldoende is' of 'Uw tegenpartij heeft al u, v en w aan bewijs ingebracht en aan uw zijde zie ik nog onvoldoende bewijsmateriaal om daarbij twijfel te zaaien.' Aan deze bewijsvoorlichting kunnen partijen ontnemen: (a) inzicht in de procedure, (b) invloed op de wijze waarop in hun zaak zal worden beslist en (c) vertrouwen dat zij een eerlijke kans krijgen hun recht te halen.

Dat betreft de invloed van bewijsrecht op procedurele rechtvaardigheid. Maar hoe zit het met de omgekeerde relatie? Als de bestuursrechter streeft naar procedurele rechtvaardigheid, welke gevolgen heeft dat voor het bewijsrecht?

Allereerst doen zich lastige vragen voor als de rechter, los van de omvang van het geding, zoekt naar een oplossing van het conflict en er in dat verband bewijskwesties rijzen. Hoe is dan de bewijslastverdeling? In dat geval kan de bewijslast niet uit de verdeling van verantwoor-

49 Hier spelen andere onzekerheden wel een rol. Bijvoorbeeld bij bestuursrechtelijke boetes in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet zit er een grote discrepantie tussen de subjectieve schuldbeleving over

de handeling en de juridische beboetbaarheid van de gebeurtenis.

50 Zie D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2011, m.n. p. 123-128 en 158-160.

delijkheden in de besluitvormingsfase worden afgeleid, want daar ging het hier niet over.<sup>51</sup> We leggen de vraag neer, maar hebben hierop nog geen antwoord.

Mogelijkerwijs leidt het streven naar procedurele rechtvaardigheid ook tot ander bewijsrecht. Als partijen invloed hebben op de wijze waarop in hun zaak wordt beslist, zou wel eens de tendens kunnen ontstaan dat de bewijslastverdeling in toenemende mate naar billijkheid wordt verdeeld, in plaats van de meer systematische vorm zoals die tot nu toe wordt opgetrokken uit de verdeling van verantwoordelijkheden in de bestuurlijke fase. Dat lijkt ons een brug te ver, maar in potentie ligt dat wel besloten in procedurele rechtvaardigheid. Dan zou procedurele rechtvaardigheid beslissende invloed uitoefenen op verdelende rechtvaardigheid en dat komt ons onvoorspelbaar en daarmee onwenselijk voor.<sup>52</sup> In ieder geval verplicht het streven naar procedurele rechtvaardigheid tot een werkelijke bewijsvoering ten overstaan van de rechter.

Juristen zijn gewend alle procedurele eisen, maar ook eisen van goede rechtspraak, op te vatten als *middelen* om te komen tot een goede verdelende rechtvaardigheid (waarop hebben partijen recht?). De hier besproken inzichten hebben echter ook een waarde in zichzelf en vertegenwoordigen dus ook een *doel*<sup>53</sup> van rechtspraak (voelen partijen zich eerlijk en

rechtvaardig behandeld?).<sup>54</sup> Aan de andere kant bestaat bij juristen begrijpelijkerwijs de vrees dat een te groot accent op procedurele rechtvaardigheid leidt tot een formeel correcte, maar inhoudsloze dans rondom een kansloze zaak. Als de rechter de uitgangspunten van procedurele rechtvaardigheid goed toepast, is er echter geen tegenstelling: transparantie bieden over de kansloosheid van de zaak levert ook procedurele rechtvaardigheid op. Rechtspraak gaat immers altijd óók over verdelende rechtvaardigheid. Of de burger de procedure *als rechtvaardig percipieert* is belangrijk, maar de uitkomst moet ook *rechtvaardig zijn* in een meer geobjectiveerde betekenis. Hoe dat zij, transparantie in bewijsrechtelijke kwesties enerzijds en procedurele rechtvaardigheid anderzijds zijn ontwikkelingen die elkaar fors kunnen versterken.

Deze subparagraaf is vooral geschreven vanuit het perspectief van het tweepartijengeschil, maar wat we beschreven past op gelijke wijze in een meerpartijengeschil. Natuurlijk kan het dan zo zijn dat wat de eisende partij ziet als een goede en eerlijke aanpak, door de derde partij wordt gezien als een herhaling van zetten, tijd-trekkerij en een overdreven nieuwe kans. Maar dan moet het ter zitting dáárover gaan. Ook dat is procedurele rechtvaardigheid: *voice* en zo mogelijk invloed op de wijze waarop over de zaak gaat worden beslist voor én met alle

51 Bijvoorbeeld: iemands arbeidsongeschiktheidsuitkering is ingetrokken. Op zichzelf zou hij daarmee kunnen leven, als maar verzekerd is dat hij over diezelfde periode recht heeft op een werkloosheidsuitkering. Maar dat staat op het moment van de zitting bij de rechter nog (steeds) niet vast. Dat doet een andere afdeling van het Uvw. En die discussie valt zeker buiten de omvang van het geding (het besluit gaat er niet over en hoeft daar juridisch gesproken ook niet over te gaan). Bij wie moet de rechter de bewijslast neerleggen indien hij toch duidelijkheid over de werkloosheidsaanspraak boven tafel wil krijgen?

52 Schuurmans 2005, p. 45, specifiek over de nadelen van de billijkheidsleer als theorie van bewijslastverdeling.

53 Je kunt ook goed verdedigen dat procedurele rechtvaardigheid niet zozeer het doel zelf is, maar dat daar achter ligt legitimiteit en acceptatie van overheidshandelen als het échte doel.

54 Vergelijk voor de bestuurlijke fase A.T. Marseille, H.D. Tolsma en K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid* 3. *Juridische handreiking informele aanpak*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011, hoofdstuk 7, m.n. p. 131-132.

betrokkenen. Procedurele rechtvaardigheid gaat niet over je zin krijgen, maar over een door alle betrokkenen als rechtvaardig beleefde behandeling. Daarbij is (dus) belangrijk dat alle partijen voldoende spreektijd en aandacht van de rechter krijgen.<sup>55</sup>

Een logische slotvraag voor deze subparagraaf is of dit alles nu leidt tot meer aanvaarding van het oordeel van de bestuursrechter of de alternatieve uitkomst van de procedure bij de bestuursrechter. De Nieuwe Zaaksbehandeling zelf kent nog geen uitkomsten van cijfermatig onderzoek, maar de pilots bij de drie rechtbanken die het meest leken op wat de Nieuwe Zaaksbehandeling uiteindelijk is geworden, lieten hogerberoepspercentages zien die ongeveer de helft waren van het voorheen gebruikelijke appelperscentage.<sup>56</sup> Daar spelen ook andere factoren, maar aanvaarding lijkt een belangrijke factor te zijn in deze cijfers.

### 3.2 *Finale geschilbeslechting*

Weinig bestuursrechtjuristen zal het zijn ontgaan dat de bestuursrechter steeds meer inzet op een finale beslechting van het geschil. De bestuursrechters hebben hun jurisprudentielijn aangepast en onderzoeken bij een gegrond

beroep voortaan eerst of zij de rechtsgevolgen in stand kunnen laten of zelf in de zaak kunnen voorzien.<sup>57</sup> Ook bestaat de mogelijkheid om via de formele bestuurlijke lus van artikel 8:51a Awb of de informele bestuurlijke lus een (mogelijk) gebrekkig besluit onder regie van de rechter te laten herstellen. In het voorgestelde nieuwe artikel 8:41a Awb krijgt de bestuursrechter ook de wettelijke opdracht om het geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten.<sup>58</sup> Met name de plaatsing van dit artikel in het begin van Titel 8.2 Awb is opvallend. Nog voordat de rechter weet of hij het besluit zal vernietigen, krijgt hij al de opdracht om na te denken over de mogelijkheden na een dergelijke vernietiging. Daarmee heeft de regering willen uitdrukken dat het finaliteitsstreven leidend is voor het handelen van de bestuursrechter, al vanaf het moment dat hij de zaak in behandeling neemt.<sup>59</sup> Het finaliteitsstreven is daarmee geen sluitstuk meer van de procedure, maar een richtinggevend beginsel voor de gehele inrichting van het proces, ook voor de zitting.

In de vorige subparagraaf hebben wij er al bij stilgestaan hoe de bestuursrechters de zitting nieuwe stijl hebben vormgegeven en hoe het bewijsrecht daarbij een rol speelt. Het bewijsrecht stelt hen in staat om partijen op gestructureerde

55 Zie ter vergelijking over de civiele rechtspraak ook: J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, Research Memoranda Raad voor de rechtspraak nr. 5, jaargang 4, 2008.

56 Respectievelijk 19, 15 en 15 procent bij de pilots in 2009 (rechtbanken Dordrecht, Roermond en Utrecht), tegen 35-40 procent bij alle rechtbanken in 2007. In interviews ná behandeling van hun zaak zeiden partijen verder zeer tevreden te zijn over (a) de aandacht voor hun zaak en hun problemen, (b) het verkennen van de mogelijkheid van een schikking en (c) de transparantie van de rechter als hij hen wijst op lacunes in hun

procesvoering, mét de mogelijkheid daar nog wat aan te doen. Zie Marseille 2010, p. 99.

57 ABRvS 10 december 2008, LJN: BG6401, «JB» 2009/39 en CRvB 3 november 2010, LJN: BO3642 en AB 2010, 341 m.nt. A.T. Marseille, LJN: BO3646 en AB 2011, 343 m.nt. A.M.L. Jansen en (tussenuitspraak) LJN: BO4110 en «JB» 2011/11.

58 *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 450, nr. 8H (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), Nota van Wijziging (herdruk).

59 *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 450, nr. 8H (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), p. 57 en 58.



wijze voor te lichten over hun procespositie. Zo nodig worden zij in de gelegenheid gesteld nader bewijs in te brengen, bijvoorbeeld door middel van informele bewijsopdrachten. In deze subparagraaf bezien wij, als de rechter eenmaal tot het oordeel is gekomen dat er onrechtmatigheden kleven aan het besluit, hoe het finaliteitsstreven zich verhoudt tot het bewijsrecht. Achtereenvolgens bespreken wij de bevoegdheden van de rechter om de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten, zelf in de zaak te voorzien en om een bestuurlijke lus toe te passen.<sup>60</sup>

#### *In stand laten rechtsgevolgen en zelf in de zaak voorzien*

Uit de historische beschrijving in paragraaf 2 bleek dat het bestuursrechtelijke bewijsrecht steeds zeer verknoopt is geweest met de regels over de voorbereiding van besluiten. De bestuursrechter die het besluit op rechtmatigheid toetst, spreekt zich vooral uit over de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan en de informatieplicht van belanghebbenden. De opdracht aan de bestuursrechter om het geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten, vraagt nu echter meer van hem, ook wat betreft toepassing en ontwikkeling van het bewijsrecht. Allereerst is daar de eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor de feitenvaststelling. De

rechter die beslist de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien, neemt de verantwoordelijkheid voor de rechtsvaststelling op zich. Hij hakt zelf de knoop door en bepaalt wat de feiten zijn in deze concrete zaak en tot welk rechtsgevolg dat moet leiden. Dat betekent dat de bestuursrechter vaker nadrukkelijk uitsprekt bij welke partij het bewijsrisico ligt.<sup>61</sup> Laat de rechter de rechtsgevolgen in stand, ook al zijn er nauwelijks relevante gegevens naar boven gekomen, dan legt de rechter het bewijsrisico bij eiser neer. Voorziet de rechter zelf in de zaak, dan hangt het uiteraard van de aard van de voorziening af of en wie hij het bewijsrisico toedeelt. In de praktijk blijkt vooral de Centrale Raad van Beroep voortvarend te werk te gaan in het geval het handhavende bestuursorgaan geen goed zicht op de feiten heeft kunnen krijgen, bijvoorbeeld in het onderzoek naar fraude met uitkeringen. Van omwonenden zijn onvoldoende nauwkeurige verklaringen opgetekend, de verbruiksgegevens van gas en licht zijn voor verschillende interpretaties vatbaar en het rapport van de sociale recherche is vaag of tegenstrijdig. Mede door het tijdsverloop tussen opsporing en rechterlijke uitspraak, acht de Centrale Raad het regelmatig onwaarschijnlijk dat nieuw onderzoek na de vernietiging nog betrouwbare gegevens oplevert.<sup>62</sup> In dat geval vernietigt de rechter niet alleen de beslissing

60 In de praktijk zal de volgorde anders liggen. Na de conclusie dat het besluit moet worden vernietigd, zal de bestuursrechter (a) eerst bezien of hij de rechtsgevolgen in stand kan laten, (b) zo niet of hij zelf in de zaak kan voorzien, (c) zo niet of hij een (in)formele bestuurlijke lus zal toepassen. Na de informatie verkregen door toepassing van de (in)formele bestuurlijke lus, zal de rechter opnieuw bezien of (d) het mogelijk is de rechtsgevolgen in stand te laten, (e) dan wel zelf in de zaak te voorzien. Zie ook *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 450, nr. 8H (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), p. 59 en 60.

61 Zie Y.E. Schuurmans, 'Naar een volwassen bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: M.J.A.M. Ashmann, Y.E. Schuurmans en D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht* (preadvies NVvP, nr. 23), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 34-35 en Schueler 2008, p. 454-456.

62 CRvB 5 maart 2007, *LJN*: BA1857, *AB* 2007, 385 m.nt. Marseille; CRvB 19 december 2008, *LJN*: BG1907, *AB* 2009, 18 m.nt. Tollenaar; CRvB 1 december 2009, *LJN*: BK5298; CRvB 1 juli 2010, *LJN*: BN2349 (disciplinair ontslag ambtenaar); CRvB 27 december 2011, *LJN*: BV0110. Zie in dit jubileumnummer ook B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', par. 6.3.

op bezwaar, maar herroept hij ook het primaire besluit waarin de uitkering werd ingetrokken of teruggevorderd. Het bewijsrisico wordt dan definitief aan het bestuursorgaan toegedeeld.

Kan de rechter de verantwoordelijkheid voor feitenvaststelling of bewijsrisicotoedeling niet op zich nemen en moet hij dus afzien van finale geschilbeslechting, dan dient hij dat in beginsel te motiveren. Onder deze ontwikkeling zou het logisch zijn als meer helderheid ontstaat over de bediscussieerde taakverdeling tussen bestuur en rechter voor de feitenvaststelling. Voor welke feitencomplexen heeft het bestuur nu zo veel expertise dat de rechter het bewijsmateriaal niet deugdelijk kan waarderen en welke feitencomplexen zijn zo beleidsgevoelig dat de rechter de feitenvaststelling beter aan het bestuur kan overlaten? Juist deze argumenten lagen ten grondslag aan de constructie van de bewijsfuik en de terughoudendheid van de rechter om van de feitenvaststelling werk te maken in beroep.<sup>63</sup> Wonderlijk genoeg lijkt die principiële discussie met het finaliteitsstreven als sneeuw voor de zon te zijn verdwenen. In uitspraken wordt vaak uitgelegd dat de rechter niet van zijn definitieve afdoeningsmogelijkheden gebruik kan maken, omdat daarvoor thans

nog te weinig gegevens voorhanden zijn.<sup>64</sup> Blijkt een mogelijk feitenvaststellingsprimaat voor het bestuur niet alleen een academische discussie te zijn, maar ook een daadwerkelijk in de praktijk toegepast leerstuk, dan moet in aangewezen gevallen nader worden gemotiveerd waarom de rechter voor dit type feiten oordeelsvorming door het bestuursorgaan essentieel acht.<sup>65</sup> Meer in het algemeen zou men verwachten dat de nieuwe afdoeningswijze van de bestuursrechter tot een fijnmazige analyse van discretionaire bevoegdheden in het bestuursrecht aanleiding zou geven. Dat is nu nog zeker niet het geval en daar schuilt een zeker gevaar in. Rechterlijke feitenvaststellingen kunnen grote reële gevolgen hebben als aanzienlijke uitvoeringskosten, precedentwerking en (economische) schade voor belanghebbenden.<sup>66</sup> Die ingrijpende gevolgen vragen om voldoende uitleg door de rechter én om voldoende zekerheid van de rechter over de juistheid van zijn feitelijk oordeel. Een bestuursrechter die te gemakkelijk de knoop doorhakt, loopt het gevaar dat hij er regelmatig naast zit en zijn gezag ziet tanen, mede wanneer rechterlijke dwalingen ook in het bestuursrecht naar boven gaan komen.<sup>67</sup> Met de invloed van het rapport van Van Kemenade<sup>68</sup> nog in het geheugen, weten we wat de gevolgen kunnen zijn van grote

63 Zie over deze belemmering voor finaliteit ook de bijdrage in dit jubileumnummer van B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', par. 4.1.

64 Zie bijvoorbeeld CRvB 3 november 2010, *LJN*: BO3642, *AB* 2010, 341 en *LJN*: BO4110, «JB» 2011/11; CRvB 27 december 2011, *LJN*: BV0009; HR 28 januari 2011, *AB* 2011, 107 m.nt. Widdershoven.

65 Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 december 2010, *LJN*: BO6643 en *AB* 2011, 27 en de noot van Schuurmans; CBb 23 juli 2008, *LJN*: BD8280 en *AB* 2009, 5 m.nt. G.J.M. Cartigny (complexe feitelijke beoordelingen en berekeningen van (deels) hypothetische situaties), CRvB 24 november 2010, *LJN*: BO5995 (medisch

onderzoek longarts). Voor nadere motivering had zich bijvoorbeeld ook geleend rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN*: BQ7674 (musicologische deskundigenadviezen).

66 Zie ook L.J.A. Damen, 'Lijdt de bestuursrechter aan 'finalitis'?', *AA* 2010, p. 271-277.

67 Dit is geen hypothetische discussie, zo blijkt bij cursussen bewijsrecht voor bestuursorganen, waarbij medewerkers zeggen dat zij uitspraken met bepaalde feitenvaststellingen onmogelijk in de uitvoeringspraktijk kunnen implementeren.

68 *Bestuur in geding*, Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (Van Kemenade), Haarlem: Provinciehuis Noord-Holland 1997.

ontevredenheid onder bestuurders. Dat moet uiteraard niet leidend zijn voor de rechtsonwikkeling, maar vormt wel een waarschuwbord bij te veel rechterlijke 'finalitis'.

### *Bestuurlijke lus*

In het geval de rechter de feitenvaststelling en de eventuele bewijsverzameling niet aan zich wil trekken, zal hij dat aan partijen overlaten.<sup>69</sup> Naast de reeds genoemde informele bewijsopdrachten staat hem de mogelijkheid van de formele bestuurlijke lus ter beschikking. Op basis van artikel 8:51a Awb stelt hij dan het bestuursorgaan in de gelegenheid om het besluit nader te onderbouwen of te motiveren dan wel te vervangen door een nieuw besluit. Vaak zal blijken dat nog een nader onderzoek naar bepaalde feiten nodig is en dan helpt het bewijsrecht de rechter om de bewijsopdracht vorm te geven. De onderzoeksplicht van artikel 3:2 Awb bepaalt in beginsel of het bestuursorgaan daadwerkelijk een opdracht<sup>70</sup> dient te krijgen en wat aard en omvang van die opdracht zijn. In die zin is het huidige bewijsrecht de rechter behulpzaam bij het formuleren van bewijsopdrachten.

Omgekeerd kan de bestuurlijke lus in potentie een enorme katalysator vormen voor het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Nu de rechter moet uitspreken wat voor een soort onderzoek hij dan van het bestuursorgaan verwacht, wordt hij gedwongen om de schending van de onderzoeksplicht zo concreet mogelijk te motiveren. Zo gaat hij meer expliciete uitspraken doen over de bewijslast van het bestuursorgaan<sup>71</sup> of meer expliciet bewijsmateriaal waarderen.<sup>72</sup>

Waar de griffiersbrieven verstopt blijven in het procesdossier van partijen, wordt bij de formele bestuurlijke lus de opdracht aan het bestuursorgaan neergelegd in een voor een ieder toegankelijke tussenuitspraak. Vaak zijn die opdrachten nog vrij algemeen, maar de jurisprudentie laat ook al interessante voorbeelden zien van bewijsopdrachten die het nadere onderzoek werkelijk sturen. Soms moet die bewijsopdracht in de hoofdtekst worden gezocht, daar waar de rechter uitlegt waarom het bestuursorgaan artikel 3:2 Awb heeft geschonden; soms bevat de beslissing een concrete opdracht.<sup>73</sup>

De bewijsopdracht kan in de eerste plaats inzichtelijk maken wie het nadere onderzoek

69 Van Ettekov en Klap constateren in hun onderzoek dat bij gebleken onvoldoende gegevens, de bestuursrechter hoofdzakelijk kiest voor toepassing van de bestuurlijke lus, boven het aanwenden van eigen onderzoeksbevoegdheden: B.J. van Ettekov en A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', «JBplus» 2010, p. 192. Wel komt men de combinatie tegen van een deskundigenadvies dat door de rechter wordt ingewonnen, waarna het bestuur via de bestuurlijke lus de conclusies verwerkt in nadere besluitvorming, zie bijv. CRvB 29 april 2010, L/JN: BM4118 en AB 2010, 198 m.nt. A. Tollenaar (WAO).

70 In eerste aanleg houdt de bestuurlijke lus strikt genomen geen 'opdracht', maar een mogelijkheid in.

71 Zie bijvoorbeeld rb. Breda 12 januari 2010, L/JN: BL1100, r.o. 2.4.3.; rb. 's-Gravenhage, zp Roermond, 21 mei 2010, L/JN: BM7570, r.o. 2.8.

72 Zie bijvoorbeeld rb. Arnhem 31 mei 2011, L/JN:

BQ9156, r.o. 3.14.2 en 3.14.3 (getuigenbewijs) en rb.

Breda 17 februari 2010, L/JN: BL4066 (deskundigenbewijs).

73 Een hiermee samenhangende techniek om finaliteit te bewerkstelligen, is te vinden in een einduitspraak van 8 juli 2010 van het CBB (L/JN: BN4148 en «JB» 2010/211, m.n. r.o. 5.3 aan het einde). Daarin komt het CBB tot vernietiging van het besluit met de (in de overwegingen opgenomen) opdracht dat het bestuursorgaan bij het nieuw te nemen besluit alle mogelijke weigeringsgronden moet opnemen, zodat niet telkens over een nieuwe weigeringsgrond hoeft te worden geprocedeerd. Dat is een alle-kaarten-op-tafeltechniek die zich ook leent voor toepassing in een tussenuitspraak met een bestuurlijke lus. Zie verder B.J. van Ettekov en R. Ortlep, 'Zelf in de zaak voorzien en schadevergoeding', *O&A* 2012, p. 2-18.

dient uit te voeren. Zo kan het relevant zijn of een interne dan wel externe deskundige het onderzoek uitvoert<sup>74</sup>, of de eerder aangezochte deskundige opnieuw mag adviseren<sup>75</sup> en of een specifieke expertise is vereist.<sup>76</sup> Meer in het bijzonder kan de rechter bepalen dat in bezwaar of beroep ingebrachte contra-expertises aan deze deskundige moeten worden voorgelegd<sup>77</sup> of dat een deskundige de resultaten van zijn nadere onderzoek in een afzonderlijk rapport moeten vastleggen.<sup>78</sup> Ook komt het voor dat de rechter zich uitspreekt over de betrokkenheid van eiser bij het selecteren van en communiceren met de deskundige.<sup>79</sup> Die invloed op de deskundigenbenoeming kan aangewezen zijn vanuit

conflictbeheersing<sup>80</sup>, maar ook vanuit juridische eisen.<sup>81</sup> Voorts zien we de bestuursrechter expliciteren naar welk feitencomplex precies onderzoek moet worden gedaan en wat daarbij de aangewezen onderzoeksmethode is.<sup>82</sup> Ook verdient soms explicitering of het onderzoek naar de feiten ex nunc geschiedt<sup>83</sup> of dat een gefixeerd feitencomplex in het verleden de basis voor het nieuwe besluit dient te vormen.<sup>84</sup>

Over de bestuurlijke lus is vaak het kritische geluid geuit dat deze constructie neigt naar 'bestuurtje helpen'.<sup>85</sup> Alleen het bestuursorgaan wordt uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld om eerdere fouten in onderzoek en processtrategie te herstellen. In dat licht is het

74 ABRvS 13 april 2011, *LJN*: BQ1079 en *AB* 2011, 356 m.nt. R. Ortlep.

75 Rb. Breda 17 februari 2010, *LJN*: BL4066 (MKB mag opnieuw adviseren).

76 Rb. 's-Hertogenbosch 21 mei 2010, *LJN*: BM7601.

77 Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN*: BQ7674 (musico-logische deskundigenadviezen).

78 Rb. Breda 12 januari 2010, *LJN*: BL1100 (welstand-toetsing); rb. Dordrecht 5 augustus 2011, *LJN*: BU1861 (rapport arbeidsdeskundige).

79 ABRvS 17 maart 2010, *LJN*: BL7778 en «JB» 2010/110 m.nt. R.J.N. Schlössels (opdracht nader onderzoek te doen uitvoeren door een na overleg met de aanvragers aan te zoeken deskundige).

80 Zie ook Van Ettekoven en Klap 2010, p. 194.

81 EHRM 18 maart 1997, *LJN*: AH6375, «JB» 1997/112 (Mantovanelli) en *NJ* 1998, 278.

82 O.a. ABRvS 10 november 2010, *LJN*: BO3436 (waarbij de besliscommissie Schadeschap Schiphol twee alternatieve onderzoeks- dan wel berekeningsmethoden worden geschetst); rb. Breda 12 januari 2010, *LJN*: BL1100 (aanvraag lichte bouwvergunning beoordelen aan de hand van 'checklist welstandtoets'); rb. Roermond 8 juli 2011, *LJN*: BR1211 ('De berekening van de geurcontour dient verweerder naar het oordeel van de rechtbank met inachtneming van het verspreidingsmodel V-stacks gebied uit te voeren. Het is mogelijk om in dit model enkele representatieve

receptorpunten in te voeren, zodat met dit model naar het oordeel van de rechtbank een voldoende nauwkeurige berekening gemaakt kan worden van de contour en de geurbelasting op de voorziene woningen na de voorgenomen uitbreidingen van de veehouderij'); rb. Rotterdam 25 augustus 2011, *LJN*: BT8903 (NMa moet uitleggen dat het tot een andere feitenvaststelling komt dan het Duitse Bundeskartellamt); rb. Rotterdam 29 september 2011, *LJN*: BT6162 (fluittoon veroorzaakt door UMTS-mast meten bij een bepaalde windrichting).

83 ABRvS 3 februari 2011, *LJN*: BP3653 en «JB» 2011/68; rb. Almelo 13 juli 2011, *LJN*: BR1944 (nieuwe weigeringsgrond aan afwijzing ontheffing Drank- en Horecawet ten grondslag leggen, vergt beoordeling recent gepleegde delicten); rb. Breda 17 februari 2010, *LJN*: BL4066.

84 Rb. Roermond 8 juli 2011, *LJN*: BR1211, r.o. 22.

85 Damen 2010, p. 271-277; A.C. Rop, 'Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid', in: Jonge VAR-reeks 6, *Definitieve geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; R.J.N. Schlössels, 'De andere kant van de lus', *NTB* 2008, p. 267-268; R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra (als bewerkers van De Haan/Drupsteen/Fernhout), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zesde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 1279.

opvallend dat er ook uitspraken zijn waarin de bestuursrechter mede een bewijsvoeringslast voor eiser expliciteert.<sup>86</sup> Op het eerste gezicht lijkt dat een verzwarende van de procespositie van eiser, omdat ook hij een verantwoordelijkheid draagt in het onderzoek. Toch waarderen wij deze uitspraken positief, omdat zo ook belanghebbenden op expliciete en heldere wijze in de mogelijkheid worden gesteld om nader bewijs in te brengen.

Voor de ontwikkeling van het bewijsrecht is het ook relevant op welke wijze de rechter omgaat met het bewijsmateriaal dat het bestuursorgaan alsnog verstrekt, na toepassing van de bestuurlijke lus. Nu hij moet beoordelen of het aanvullende bewijsmateriaal het geconstateerde gebrek wegneemt, dient hij dat bewijsmateriaal te waarderen en daarvan de bewijskracht te bepalen. Bestrijdt eiser de deugdelijkheid van dat nieuwe bewijsmateriaal, dan wordt de rechter uitgelokt om zijn bewijsoordeel in de uitspraak te motiveren. Op dit moment zien wij echter nog weinig uitspraken waarin de rechter die bewijswaardering in woorden tracht uit te drukken.

Al met al zien wij dat het bewijsrecht een belangrijk instrument voor de rechter vormt om geschillen finaal te kunnen beslechten. Het bewijsrisico helpt de rechter om knopen door te hakken, wat vooral zichtbaar wordt wanneer hij beslist de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien. Het bewijsrecht vormt voor hem ook een leidraad bij het formuleren van informele

of formele bewijsopdrachten, bijvoorbeeld via de bestuurlijke lus. Andersom zien we dat de finaliseringsbevoegdheden het bewijsrecht nader tot ontwikkeling brengen. Vooral via tussenuitspraken bij de formele bestuurlijke lus geeft de rechter steeds specifiekere aan hoe de bewijslast ligt en hoe aan die last kan worden voldaan. Toch wordt die potentie nog niet geheel benut. Het bewijsrecht (en daarmee de rechtszekerheid) zou erbij gebaat zijn als ook de informele bewijsopdrachten meer in de einduitspraak worden geëxpliciteerd. Voorts zou de beslissing om de feitenvaststelling aan het bestuursorgaan over te laten (in plaats van aan de rechter) soms nader uitleg behoeven, net als de waardering van bewijsmateriaal dat na een bewijsopdracht is overgelegd. Finalisering kan nog tot veel meer opheldering in het bewijsrecht leiden.

#### 4. Slotbeschouwing: resterende wensen

In de voorgaande tekst hebben we een aantal verwachtingen uitgesproken, een aantal wensen geformuleerd en hier en daar gezegd waarop onze hoop is gevestigd. Sommige van deze uitspraken waren robuust, andere tentatief. We gaan hier niet proberen alles samen te vatten, maar we geven de drie belangrijkste thema's die wij aan deze doordenking ontleenen voor het bewijsrecht van de jaren '10.

##### *Nog steeds een wankel evenwicht*

De verticale verhouding tussen het bestuursorgaan, dat bijvoorbeeld rapportageverplichtingen in vergunningvoorschriften of subsidiebesluiten

86 ABRvS 8 december 2010, *LJN*: BO6641 en AB 2011, 125 ('Het college dient daartoe appellante in de gelegenheid te stellen om binnen vier weken, bijvoorbeeld door middel van een deskundigenrapportage, te reageren op de feiten zoals die zijn neergelegd in het inspectierapport van 17 mei 2010.').; *rb. Utrecht* 20 september 2010, *LJN*: BN7760 (verweerder moet eiseres de gelegenheid bieden haar beroep op het gelijkheids-

beginsel ten opzichte van Het Vervolg en Het Zuidelijk Toneel te concretiseren); *rb. Utrecht* 12 augustus 2011, *LJN*: BR4927 (onderzoek naar de gelijkwaardigheid van een pand dat aan de woningvoorraad wordt toegevoegd. 'Voor zover verweerder over onvoldoende gegevens beschikt, is het aan eiseres om op uitnodiging van verweerder daartoe deze gegevens te overleggen.').

en inlichtingenverplichtingen in wettelijke voorschriften inzet, en de burger in de bestuurlijke fase versus de beoogde horizontale verhouding tussen diezelfde partijen in de rechterlijke fase, blijft een wankel evenwicht. Zoals in paragraaf 2 beschreven had de rechtspraak sinds de inwerkingtreding van de Awb vooral aandacht voor de verplichtingen van de burger om zijn deel van de bewijsvoering te vervullen. De verplichtingen van het bestuur bleven betrekkelijk vaag. De vraag is of er nu een stabiel systeem is. Het streven naar finaliteit en het toepassen van de bestuurlijke lus, zoals besproken in subparagraaf 3.2, vergt meer en meer, ook op detailniveau, van het bestuur. Gaat dat te ver? Het zal in de nabije toekomst moeten blijken. Los van het antwoord op die vraag, blijft bij dat finaliteitsstreven en de toepassing van de bestuurlijke lus ook de positie van de burger kwetsbaar. Hij krijgt nog steeds op meer impliciete en informele wijze zijn bewijslast uitgelegd. Het streven naar transparantie en procedurele rechtvaardigheid in de Nieuwe Zaaksbehandeling zal partijen beter duidelijk maken wat de rechter van hen verwacht. Maar het zoeken naar een evenwichtig bewijstraject is niet definitief en zelfs niet voorlopig beantwoord.

#### *Een doorschietend finaliteitsstreven*

Het finaliteitsstreven is in de rechtspraak omarmd zonder gedegen doordenken van de consequenties. In de verhouding tussen bestuur en rechter waren bepaalde kwesties heilig in de jaren vóór 2007, maar deze lijken ongeproblematiseerd terzijde te zijn geschoven met de omarming van het finaliteitsstreven. Als het bestuur een specifieke expertise in huis heeft die de rechter niet gemakkelijk kan evenaren, is het voor de rechter oppassen geblazen om bewijsoordelen te vellen over in beroep aangevoerde bewijsmiddelen. Als hij te ver doorschiet, kan dat gevolgen hebben voor de uitvoerbaarheid van zijn uitspraak (subparagraaf 3.2) en voor de aanvaardbaarheid van zijn beslissing (subparagraaf 3.1). Als belangen van derden spelen,

is het bestuur mogelijk beter geëquipeerd om de belangen af te wegen dan wel te beoordelen. En zo zijn nog wat voorbeelden te noemen, maar de hoofdlijn is dat met omarming van het finaliteitsstreven de rechter een verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling voorbij de grenzen van toetsing van het bestreden besluit heeft binnengehaald, waarvan de consequenties nog behoorlijk open liggen.

#### *Het bewijsrecht in de beroepsfase wordt volwassen*

Zijn er dan alleen maar zorgen aan onze kant? Nee, zeker niet. Met onze titel beloofden we immers opklaringen. Dat er in de beroepsfase een werkelijk proces van bewijsvoering plaatsvindt, is een vorm van volwassenwording van het bestuursprocesrecht. Daarmee gaat de bestuursrechter ook meer lijken op zijn collega van de sectoren civiel recht en strafrecht en dat is geen doel op zich, maar valt wel positief te waarderen. Door transparantie te bieden over de bewijspositie en de bewijsstatusstand in het geschil (subparagraaf 3.1), bewerkstelligt de rechter dat partijen scherper kunnen procederen over de feitenvaststelling. Elke rechter die bezig is met bewijsrecht wenst uiteindelijk dat zijn oordeel over de feiten de materiële waarheid beter benadert en deze vorm van scherper procederen helpt daarbij vrijwel zeker. Bovendien kan een heldere en transparante bewijsvoering helpen bij de aanvaardbaarheid van het eindoordeel en, breder, de ervaren rechtvaardigheid (subparagraaf 3.1). Het voorgestelde artikel 8:41a Awb, dat het finaliteitsstreven vanaf het binnenkomen van het beroepsschrift tot leidend thema voor de bestuursrechter maakt, zorgt voor een geheel andere inrichting van het proces, inclusief het bewijsrecht (subparagraaf 3.2).

Deze drie thema's tezamen zijn niet zo maar een 2-1-stand voor de nadelige versus de voordelige ontwikkelingen. De volwassenwording van het bewijsrecht in de beroepsfase als derde thema

biedt kansen om de eerste twee thema's te *tackelen*. Hoe transparanter het bewijsdebat (ter zitting en überhaupt in de beroepsfase) wordt, des te meer de rechter in staat is het evenwicht in de verhouding burger-bestuursorgaan te zoeken en des te meer hij in staat is te waken voor doorschietende finaliteit. Het zou in ieder geval helpen als de bestuursrechter in zijn einduitspraak na een tussenuitspraak (bestuurlijke lus) expliciet is in zijn bewijswaardering, met bespreking van de reactie van de eisende partij op de herstelpoging van het bestuursorgaan.

Ook zou het helpen als de bestuursrechter bij een informele bestuurlijke lus voor het bestuursorgaan of een bewijsopdracht voor de burger, in de einduitspraak expliciteert wat die informele opdrachten of afspraken inhielden. Dat zal, naar wij vermoeden, eerst per zaak gebeuren en dan langzamerhand een duidbare lijn worden. Wij kijken met onze wens, hoop en verwachting uit naar een toenemende helderheid in het bestuursrechtelijke bewijsrecht van dit decennium.